



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Ondřeje Mrákoty, soudkyně Sylvy Šiškeové a soudce Zdeňka Kühna v právní věci žalobce: **město Krásná Lípa**, Masarykova 246/6, Krásná Lípa, zastoupeného advokátem Mgr. Davidem Hejzlarem, 1. máje 97/25, Liberec, proti žalovanému: **Odvolací finanční ředitelství**, Masarykova 427/31, Brno, proti rozhodnutí žalovaného ze dne 21. 12. 2017, čj. 55543/17/5000-10470-703359, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 25. 1. 2022, čj. 15 Af 17/2018-80,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se zamítá**.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení ve výši **4 114 Kč**, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozhodnutí k rukám jeho zástupce Mgr. Davida Hejzlara, advokáta.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Žalobce dne 27. 9. 2011 zahájil zadávací řízení na podlimitní veřejnou zakázku na stavební práce „*Kanalizace Krásná Lípa*“. Zakázku zadával v užším řízení podle § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném do 31. 3. 2012. Podle oznámení o zahájení zadávacího řízení žalobce předpokládal, že k podání nabídky vyzve 10 zájemců, jež vybere losem. Losování proběhlo dne 24. 10. 2011 za pomoci matematického generátoru pseudonáhodných čísel CENT LOZ 001. Tento přístroj nebylo možné bez poškození otevřít (bylo by třeba vyklopit zadní víko opatřené bezpečnostní pečeti) ani provádět změny v aplikaci.

[2] Zástupce jednoho z přítomných uchazečů, společnosti Průmstav, a. s., se dotázal, zda lze před losováním zkontrolovat zdrojový kód zařízení a ověřit, zda není možné toto zařízení ovlivnit na dálku. V souvislosti s tím se domáhal otevření přístroje. Zástupce administrátora veřejné zakázky to neumožnil, neboť po porušení plomby by nebylo možné zaručit transparentnost losování. Odkázal na zprávu o zkoušce losovacího zařízení u Elektrotechnického zkušebního ústavu, s. p. (EZÚ), která byla přítomným k dispozici, a upozornil na možnost následného přezkoušení zařízení u EZÚ. Poté proběhla ve

spolupráci se zástupci uchazečů zkouška losovacího zařízení. Po ukázce byla uchazečům přidělena čísla odpovídající pořadí, v němž doručili žádosti o účast v zadávacím řízení. Zástupce společnosti Průmstav požádal o přečíslování uchazečů, což zástupce administrátora zamítl. Uvedl, že čísla byla přidělena transparentně na základě objektivního a zájemcům od počátku známého kritéria. Žádný další zájemce se k požadavku na přečíslování nepřipojil. Poté proběhlo losování, při němž bylo vybráno deset uchazečů. Nabídku následné kontroly zapečetěného losovacího zařízení u EZÚ nikdo z přítomných uchazečů nevyužil.

[3] Žalobci byla na vybudování kanalizace poskytnuta dotace. Finanční úřad pro Ústecký kraj (správce daně) na základě podnětu poskytovatele dotace, Ministerstva životního prostředí, zahájil daňovou kontrolu. Ve zprávě o daňové kontrole konstatoval, že žalobce neumožnil jednomu z uchazečů kontrolu losovacího zařízení a prostředků sloužících k losování a vyvolal pochybnost o transparentnosti losování, čímž porušil § 6 zákona o veřejných zakázkách. Následně správce daně vydal platební výměry, jimiž žalobci vyměřil odvod do státního fondu a odvod do Národního fondu za porušení rozpočtové kázně.

[4] Žalovaný změnil výrok prvního platebního výměru na odvod za porušení rozpočtové kázně č. 224/D/2016 tak, že žalobci vyměřil odvod do státního fondu za porušení rozpočtové kázně ve výši 486 555 Kč namísto ve výměru uvedených 488 743 Kč, a výrok druhého platebního výměru na odvod za porušení rozpočtové kázně č. 223/D/2016 tak, že žalobci vyměřil odvod do Národního fondu za porušení rozpočtové kázně ve výši 8 271 425 Kč namísto ve výměru uvedených 8 308 619 Kč. Zároveň je ve výrocích platebních výměrů po změně provedené žalovaným nově uvedeno, že k úhradě se ukládá 291 933 Kč (u prvního platebního výměru), resp. 4 962 855 Kč (u druhého platebního výměru), neboť poskytovatel nevyplatil částku 194 622 Kč, resp. 3 308 570 Kč.

[5] Žalobce se proti rozhodnutí žalovaného bránil žalobou podanou Krajskému soudu v Ústí nad Labem. Krajský soud vyšel zejména z nálezu Ústavního soudu ze dne 25. 10. 2021, sp. zn. II. ÚS 2191/20. Dospěl k závěru, že žalobce učinil co nejvíce kroků k zajištění dostatečné transparentnosti losování. Daňové orgány vycházely z požadavku, který na losování klade judikatura z období po proběhlém losování, aniž zohlednily i další skutečnosti spojené s průběhem a okolnostmi losování. Krajský soud proto napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

II. Kasační stížnost žalovaného a vyjádření žalobce

[6] Žalovaný (stěžovatel) podal proti rozsudku krajského soudu kasační stížnost z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s. Stěžovatel nepopírá, že pravidlo týkající se přečíslování uchazečů v případě losování elektronickým zařízením poprvé dovodil rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 6. 2013, čj. 62 Af 61/2012-108. Správní soudy se ale otázkou transparentnosti zadávacího řízení nebo losování zabývaly v rozsudcích předcházejících spornému losování, které žalobci mohly být známy. Ačkoliv se tyto rozsudky netýkaly elektronického losovacího zařízení, založily obecný výklad, podle něhož je losování transparentní, zabezpečí-li zadavatel, aby proběhlo férově, působilo navenek korektně a jeho průběh nevyvolával žádné pochybnosti. Řádným průběhem se přitom rozumí průběh losování, který je dostatečně kontrolovatelný. Žalobci tak mělo být

pokračování

zřejmě, že neprovedení přechíslování zájemců k požadavku jednoho z nich, ve spojení s elektronickým losovacím zařízením, jehož bezprostřední kontrola před losováním nebyla z jeho podstaty možná, zakládá pochybnosti o férovosti takového losování, a povede k porušení zásady transparentnosti.

[7] Stěžovatel nesouhlasí ani se závěrem krajského soudu ohledně požadavku na přechíslování bezprostředně před losováním. Zvolené přiřazení čísel pro účel losování vycházelo z pořadí, v jakém uchazeči podali nabídky, a bylo tedy v dispozici zadavatele veřejné zakázky. Podle stěžovatele představovalo přechíslování na místě (před vlastním losováním) za přítomnosti uchazečů a dalších účastníků losování s ohledem na použitý způsob losování jednu z mála možností kontroly transparentnosti výběru. Stěžovatel dále připomněl, že pro porušení zásady transparentnosti stačí, vzbuzují-li okolnosti případu odůvodněnou pochybnost o férovosti průběhu losování.

[8] Podle stěžovatele není nález sp. zn. II. ÚS 2191/20 argumentačně přesvědčivý, neboť se v něm Ústavní soud nevypořádal se svými dřívějšími usneseními (ze dne 18. 12. 2018, sp. zn. IV. ÚS 3473/18, a ze dne 21. 4. 2020, sp. zn. III. ÚS 101/20). Pro věc je zásadní rozhodovací linie ukončená usnesením Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 101/20.

[9] Napadený rozsudek je také nepřezkoumatelný. Krajský soud nevyhodnotil, zda kroky, které žalobce při losování učinil, byly způsobily přispět k transparentnosti losování. Losovalo se pomocí elektronického losovacího zařízení, jehož kontrola bezprostředně před losováním na místě nebyla možná, neboť by se jednalo o kontrolu počítačového programu. Rovněž požadavek, zda je možné ověřit, že se v losovacím zařízení nenachází bezdrátová rozhraní nebo zařízení, kterými je možno losování na dálku ovlivnit, a požadavek na otevření losovacího zařízení byl zamítnut s tím, že přístroj je zapečetěn. Jeho kontrola tedy nebyla zájemcům umožněna. Zpráva o zkoušce losovacího zařízení nebo možnost jeho následné kontroly po provedení losování podle stěžovatele nevypovídá o stavu losovacího zařízení při losování ani o transparentnosti losování. Tyto možnosti totiž neukazují, jak losovací zařízení ve skutečnosti funguje. Vizuální kontrola a identifikace losovacího zařízení, jakož i ověření neporušenosti plomby podle stěžovatele nemají vliv na transparentnost losování.

[10] Žalobce ve vyjádření ke kasační stížnosti odkázal na rozsudek NSS ze dne 18. 7. 2018, čj. 6 As 59/2018-75, vydaný ve skutkově totožné věci téhož žalobce proti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Stěžovatel klade žalobci za vinu, že na místě neumožnil kontrolu losovacího zařízení. Judikatura přitom dovodila, že v případě elektronického losovacího zařízení takovou kontrolu nelze umožnit, neboť by tím byla porušena bezpečnostní plomba a došlo by k nepřijatelnému zásahu do losovacího zařízení. Při kontrole by navíc nemohlo být zjištěno nic ohledně způsobu fungování matematického generátoru čísel. Nemožnost kontroly losovacího zařízení na místě neznamena, že vůbec neproběhla kontrola zařízení. Změnu správní praxe na základě pozdější judikatury, která začala striktně požadovat možnost přechíslování před elektronickým losováním, nelze v projednávané věci klást k tíži žalobce. Žalobce má za to, že daňové orgány měly buď akceptovat provedené posouzení EZÚ, případně nechat posoudit technickou otázku fungování losovacího zařízení znalcem.

[11] Žalobce se vyjádřil také k relevantní judikatuře Ústavního soudu a k jejímu hodnocení stěžovatelem. Dále srovnal skutkové a právní aspekty věci řešené nálezem Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 2191/20 s nyní posuzovanou věcí. Zpráva EZÚ potvrzuje, že zařízení zaručuje rovné podmínky pro všechny účastníky losování. Transparentnosti losování napomáhá tato zpráva v kombinaci s identifikací zařízení a ověřením jeho zabezpečení neporušenou plombou, která je zárukou, že v mezičase nebylo do zařízení a jeho softwaru zasahováno. Stěžovatel pomíjí, že zařízení bylo od předchozí kontroly EZÚ až do samotného losování zapečetěné a stejně tak by bylo předáno k případné kontrole po losování. Pokud nebylo do softwaru zasaženo (což je ověřeno neporušenou plombou), odpovídá stav zařízení stavu při kontrole. Přechislování zájemců by podle žalobce bylo závadným postupem z hlediska předem stanovených pravidel zadávacího řízení.

III. Právní hodnocení Nejvyššího správního soudu

[12] Kasační stížnost není důvodná.

[13] Předmětem sporu je otázka, zda žalobce dodržel zásadu transparentnosti, pokud předem stanoveným způsobem omezil počet zájemců o veřejnou zakázku prostřednictvím elektronického losovacího zařízení.

[14] NSS se nejprve zabýval námitkou nepřezkoumatelnosti napadeného rozsudku. Stěžovatel spatřuje nepřezkoumatelnost v nedostatku důvodů, které krajský soud vedly k závěru, že žalobce provedl co nejvíce kroků k zajištění transparentnosti losování. Podle stěžovatele se soud nezabýval ani otázkou, zda kroky, které žalobce podnikl, byly způsobilé přispět k transparentnosti losování. K otázce nepřezkoumatelnosti rozhodnutí odkazuje NSS např. na své rozsudky ze dne 4. 12. 2003, čj. 2 Ads 58/2003-75, č. 133/2004 Sb. NSS, ze dne 8. 4. 2004, čj. 4 Azs 27/2004-74, nebo ze dne 18. 10. 2005, čj. 1 Afs 135/2004-73, č. 787/2006 Sb. NSS. Krajský soud v bodu 38 napadeného rozsudku popsal opatření, která žalobce přijal k zajištění transparentnosti. Daňovým orgánům vytkl, že vycházely primárně z toho, že žalobce neumožnil přechislovat zájemce bezprostředně před losováním. V kontextu judikatury, z níž krajský soud při posouzení věci vycházel, jde o dostatečně odůvodněný a srozumitelný závěr. NSS tedy napadený rozsudek považuje za přezkoumatelný.

[15] Podle § 6 zákona o veřejných zakázkách ve znění účinném do 31. 3. 2012 platilo, že *zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.*

[16] Podle § 61 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách ve znění účinném do 31. 3. 2012 *omezil-li veřejný zadavatel počet zájemců pro účast v užším řízení, v jednacím řízení s uveřejněním nebo v soutěžním dialogu, provede výběr ze zájemců, kteří řádně prokázali splnění požadované kvalifikace, a to podle objektivních kritérií podle odstavce 2 nebo 4 uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace objektivních kritérií může být uvedena v kvalifikační dokumentaci.*

[17] Podle § 61 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách ve znění účinném do 31. 3. 2012 *objektivním kritériem pro omezení počtu zájemců podle odstavce 1 může být rovněž náhodný*

pokračování

výběr provedený losem, popřípadě kombinace objektivních kritérií podle odstavce 2 a náhodného výběru losem. Losování provede veřejný zadavatel v souladu se zásadami uvedenými v § 6 prostřednictvím mechanických, elektronickomechanických, elektronických nebo obdobných zařízení a za účasti notáře, který osvědčuje průběh losování. Účastnit se losování mají právo zájemci, kterých se výběr losem týká. O termínu losování je zadavatel písemně vyrozumí nejméně 5 dnů před losováním. Podle odst. 5 téhož ustanovení zadavatel je povinen umožnit zájemcům zkontrolovat před zahájením losování zařízení a prostředky sloužící k losování.

[18] NSS považuje za zbytečné opakovat východiska judikatury, která shrnul v napadeném rozsudku krajský soud. Pro věc je rozhodující nálezy Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 2191/20, vydaný během řízení před krajským soudem. Stěžovatel zpochybňuje jeho argumentační přesvědčivost a Ústavnímu soudu vytýká, že se nevypořádal se svými dvěma dřívějšími usneseními. NSS si je vědom rozdílu mezi kasační a precedenční závazností nálezů Ústavního soudu (ke kasační závaznosti např. nálezy Ústavního soudu ze dne 2. 4. 1998, sp. zn. III. ÚS 425/97, nebo ze dne 20. 3. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 4/06; k precedenční závaznosti a možnosti *judikатурního dialogu* mezi Ústavním soudem a obecnými soudy viz např. nálezy ze dne 25. 1. 2005, sp. zn. III. ÚS 252/04). NSS nicméně neshledal žádné důvody pro to, aby v posuzované věci vedl obdobný dialog. Polemika stěžovatele se závěry nálezů je navíc oslabena i tím, že se stěžovatel odvolává na dvě usnesení Ústavního soudu. Precedenční závaznost usnesení Ústavního soudu je však ve srovnání s tou, kterou mají nálezy téhož soudu, značně omezená (nálezy Ústavního soudu ze dne 13. 9. 2007, sp. zn. I. ÚS 643/06, nebo ze dne 13. 11. 2007, sp. zn. IV. ÚS 301/05).

[19] Ústavní soud v nálezu sp. zn. II. ÚS 2191/20 mj. konstatoval, že při výkladu neurčitěho právního pojmu transparentnosti a abstraktního pojmu „*kontroly losovacího zařízení*“ obecné soudy v předchozí judikatuře vytvořily zadavateli zakázek povinnost nad rámec těch výslovně uvedených v zákoně, a to umožnit přechíslování zájemců bezprostředně před losováním. Tato povinnost však byla formulována až poté, co stěžovatel v řešené věci (shodně jako žalobce v nyní rozhodované věci) organizoval veřejnou zakázku. Orgány veřejné moci mu proto nemohou přičítat k tíži její nedodržení a jen na základě toho požadovat vrácení dotace či její části, neboť by tím došlo k zásahu do právní jistoty a předvídatelnosti práva. Ústavní soud v citované věci obecným soudům vytkl, že nevyhodnotily, zda částečně odlišné skutkové okolnosti od předchozích rozhodnutí nezajistily dostatečnou transparentnost. Následně dospěl k závěru, že při posuzování transparentnosti losování je třeba vzít v úvahu průběh a okolnosti losování v jejich souhrnu. NSS tedy uzavírá, že všechna předcházející losování nemohou být automaticky označena za netransparentní pouze z toho důvodu, že v nich požadavek na přechíslování nebyl dodržen.

[20] Stěžovatel v napadeném rozhodnutí ve vztahu k požadavku na přechíslování jednotlivých zájemců postupoval právě způsobem, který Ústavní soud označil za nevyhovující. Vyšel totiž ze závěrů judikatury, která požadavek na losování dovodila, a jiné způsoby zajištění transparentnosti losování odmítl jako nedostačující. Jak ovšem poukázal žalobce, věc řešená nálezem sp. zn. II. ÚS 2191/20 a případ žalobce se v zásadních skutkových okolnostech shodují: v obou případech bylo k losování užito elektronické losovací zařízení, které bylo opatřeno plombou a jehož kontrola byla zajištěna u EZÚ.

Zájemcům byla dána možnost zkontrolovat stav neporušenosti plomby a jejího čísla. Bylo provedeno zkušební losování a zájemci si mohli určit jeho aspekty a počet zkušebních losování. V nyní posuzované věci mohli zájemci po losování nechat odvézt losovací zařízení ke kontrole na EZÚ, čehož nevyužili.

[21] Shodně jako ve věci řešené v nálezu sp. zn. II. ÚS 2191/20 schází v napadeném rozhodnutí odůvodnění, proč kroky, které provedl žalobce (resp. osoby organizující losování), nepostačovaly k dosažení transparentnosti – zejména se jedná o aspekt zkušebního losování, který stěžovatel opominul. NSS se proto z výše uvedených důvodů ztotožnil s krajským soudem, že daňové orgány dostatečně a komplexně nezohlednily veškeré okolnosti losování.

IV. Závěr a náklady řízení

[22] Kasační stížnost není důvodná, a proto ji NSS podle § 110 odst. 1 poslední věty s. ř. s. zamítl.

[23] Stěžovatel ve věci neměl úspěch, a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení; toto právo naopak náleží úspěšnému žalobci (§ 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s.). Náklady řízení spočívaly v odměně advokáta za jeden úkon právní služby ve výši 3 100 Kč za sepis vyjádření ke kasační stížnosti [§ 7 bod 5, § 9 odst. 4 písm. d) a § 11 odst. 1 písm. d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátní tarif], a paušální náhradě hotových výdajů ve výši 300 Kč (§ 13 odst. 4 advokátního tarifu). Tuto částku soud zvýšil o DPH ve výši 714 Kč na celkových 4114 Kč. Stěžovatel je povinen tuto částku ve stanovené lhůtě zaplatit k rukám zástupce žalobce.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 21. října 2022

Ondřej Mrákota
předseda senátu